

LEGITIMIDADE COMO CONFLITO CONCRETO DO  
DIREITO POSITIVO.  
UMA COMPARAÇÃO ATUAL ENTRE AS CONSTITUIÇÕES  
ALEMÃ E BRASILEIRA\*

Friedrich Müller

---

\* Palestra proferida em Natal (30.10.1998), Rio de Janeiro (IAB/Goethe, 4.11.1998) e Belo Horizonte (Escola do Legislativo, 5.11.99) e publicada inicialmente, nos *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, Separata n. 9, jul./dez. 1999.

O tradutor agradece pelas esclarecedoras e instrutivas revisões de Georghio Alessandro Tomelin (São Paulo) e Menelick de Carvalho Netto (Belo Horizonte). A forma atual do texto deve muito às contribuições dos dois juristas. Eventuais imperfeições são de exclusiva responsabilidade do tradutor.

## 1 - Sobre conceitos e modelos de legitimação

Por “legitimidade”, os juristas compreendem quase sempre uma “correção” [“Richtigkeit”] do direito, que deve provir de “valores suprapositivos”, e.g. da assim chamada idéia do direito. Com isso, a legitimidade deve distinguir-se da “mera” legalidade enquanto conformidade à lei - menos exigente e própria do direito positivo. Penso de modo diverso: todavia não quero oferecer uma resposta por meio de uma “definição” *a contrario sensu*, mas sim elaborar essa posição por via indutiva no curso das reflexões que seguem.

A locução “direito eleitoral” freqüentemente é utilizada como conceito de hierarquia mais elevada [Oberbegriff]: tal ramo do direito se ocupa de todos aqueles votos depositados nas urnas pelos cidadãos ativos em uma democracia.

Em contrapartida, a Lei Fundamental alemã (GG - *Grundgesetz* - art. 20, § 1, frase 2) distingue de forma interessante entre “eleições” [“Wahlen”] e “votações” [“Abstimmungen”]. Não se trata de nenhum jogo de sinônimos. “Eleições” são somente aquelas nas quais pessoas são eleitas e enviadas a assembléias decisórias, nas quais deverão decidir sobre questões materiais, “representando” o povo (de eleitores) - assim, por exemplo, eleições para o parlamento federal, para os parlamentos estaduais, para as entidades representativas municipais. Já em “votações” o conjunto dos cidadãos ativos decide diretamente uma questão material segundo a Lei Fundamental, mas somente em matéria de reordenamento do território da federação (GG, arts. 29, 118). Nessa medida, as duas expressões - “eleições/votações” - não são apenas palavras, mas conceitos; assinalam nada menos do que a distância entre a democracia direta e a democracia indireta, entre a democracia participativa, que recorre a plebiscitos e referendos [plebiszitärer Demokratie], e a democracia representativa.

Tanto o Brasil quanto a Alemanha seguem essencialmente a variante representativa da democracia. A formação do Estado de Baden-Württemberg ampara-se no art. 118 da Lei Fundamental - ele tinha sido previsto apenas como ato único e foi implementado em 1951. No seu art. 29, a Lei Fundamental previu genericamente a reestruturação do território federal. Mesmo essa fraca possibilidade de influência popular via plebiscito sofreu uma redução adicional, pois em 1976 a prescrição de obrigatoriedade [Muß-Vorschrift] foi suavizada para uma mera prescrição de possibilidade [Kann-Vorschrift] - de “deve ser reestruturado” passou-se a “poderá ser reestruturado”.\*\* Justamente considerando aspectos de legitimidade, voltarei posteriormente a esse dado.

---

\*\* A única hipótese constitucional de realização de plebiscito de forma imperativa na Lei Fundamental de Bonn é a de reestruturação do território federal. Em sua redação original a Constituição determinava a reestruturação global da federação alemã. Em 1976, essa obrigatoriedade de reestruturação foi transformada por emenda em mera possibilidade fragmentada e puntual, daí o enfraquecimento da já pequena possibilidade de influência popular a que o autor se refere [Nota de Menelick de Carvalho Netto].

Também no Brasil se distingue entre “sufrágio universal” e “voto”: no art. 14, que indica para o “voto direto e secreto” as três formas do “plebiscito”, do “referendo” e da “iniciativa popular”. A última é normatizada mais de perto e com isso também delimitada no art. 61, § 2º. No entanto, o plebiscito e o referendo estão (CF, art. 49 inc. XV), em termos jurídicos, e com isso justamente também em termos políticos, ao inteiro dispor do Congresso Nacional. Este possui a “competência exclusiva” também para “autorizar referendo e convocar plebiscito”. De resto, existe, como na Alemanha, o plebiscito especial para a reestruturação de estados da federação (e adicionalmente de municípios (CF, art. 18, §§ 3º e 4º). Além disso o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previu um plebiscito sobre a forma de estado. Sobre esse ponto a grande maioria dos votantes pronunciou-se em 21 de abril de 1993 (a) a favor da república e (b) a favor do regime presidencialista enquanto forma de governo, quer dizer, contra um regime parlamentarista.

Não apenas na Alemanha, mas, se olharmos a questão mais de perto, também no Brasil se constata, portanto, uma confiança muito reduzida naquela forma de legitimidade democrática que pode surgir de decisões diretas dos cidadãos ativos sobre questões materiais. Devemos aqui ter em mente quão fortemente a concepção de democracia já está de qualquer modo diluída [verdünnt] no direito constitucional vigente. A idéia fundamental de um autogoverno do povo é abandonada por razões pragmáticas em uma primeira redução, pois pressuporia, nas palavras de Rousseau, “um povo de deuses”. Seu lugar é ocupado pelo postulado da autocodificação do povo: determinação do direito vigente pelas pessoas afetadas, *i. e.*, por todos. “One man one vote” justamente não significa apenas que cada cidadão ativo tenha **somente** um voto, mas a um só tempo que cada pessoa afetada **tenha** um voto, sendo, portanto, cidadão com direitos eleitorais [Wahlbürger] - se nos ativermos à segunda escaramuça na qual a concepção de democracia bate em retirada - e sendo ainda, em contrapartida, cidadão votante [Stimmbürger], à medida que se permite, por voto direto [plebiszitär], que o povo decida diretamente por meio de iniciativas populares e referendos [Volksentscheide]. Consideradas a partir da idéia fundamental, “votações” são nitidamente mais democráticas do que “eleições” com decisão subsequente pelos representantes. Estas formam, em consonância com a “lei férrea da oligarquização”, formulada na sociologia política dos anos 20, um subsistema em grande parte autoreferencial, como alguns teóricos diriam hoje - agindo *in concreto* de forma ora mais ora menos democrática, na grande maioria dos casos menos democrática.

O sistema representativo “nunca poderá negar inteiramente as suas origens históricas na sociedade estamental”; e isso vai tão longe, que “a expressão ‘um parlamento democrático’”, teoricamente refletida, chega mesmo a constituir “um paradoxo”.<sup>1</sup> Esse modelo apóia-se no “axioma de um interesse geral originário [...] baseado no Direito Natural [...], que se estende ao objeto da atividade soberana da autoridade governamental”. Em contrapartida, o sistema plebiscitário parte “de um duplo axioma dos direitos individuais, o de eleger e ser eleito e o de co-participação como exercício dos direitos humanos, e da soberania popular enquanto competência em princípio irrestrita e intocável da coletividade”.<sup>2</sup> Isso já levou Jean-Jacques Rousseau a afirmar que os ingleses se considerariam livres sem razão, pois eles efetivamente só seriam livres no instante do exercício do direito de voto.<sup>3</sup> Contrariando Montesquieu, que nesse tocante era demasiado anglófilo, Rousseau “reconheceu nitidamente o perigo inerente a todo e qualquer órgão soberano de representação, o de enrijecer-se por meio do isolamento, da cooptação e da corrupção em camarilha” e naufragar - enquanto ‘representação popular’ postulada - junto aos arrecifes de uma oligarquia em vias de estabelecimento.<sup>4</sup>

Os autores da Lei Fundamental alemã recuaram diante de certas experiências plebiscitárias da República de Weimar. Mas isso “sugere que eles aparentemente caíram no extremo oposto, enfatizando excessivamente o caráter representativo do sistema de governo”.<sup>5</sup> Depois do que acabo de expor na comparação das nossas constituições sobre a constituição brasileira, tal afirmação vale igualmente para o padrão de legitimação da República Federativa do Brasil.

## 2 - Questões conflitivas atuais na Alemanha

Os aspectos da legitimação divergem, no entanto, também na democracia representativa. Discute-se como o direito eleitoral deve ser dimensionado em seus pormenores. Eleições proporcionais ou majoritárias “provêm os deputados e, por conseguinte, o parlamento de legitimação democrática de modo muito peculiar em cada caso, com grandes diferenças entre si”.<sup>6</sup> Na eleição proporcional os eleitores escolhem com base nas listas de candidatos e nos programas uma orientação em termos de política partidária. Quando esse modelo é implementado de forma estrita, o parlamento se torna o reflexo exato do espectro das opiniões dos cidadãos ativos. No modelo oposto, a escolha dos candidatos do distrito eleitoral pela maioria cria uma relação mais próxima com essa parte do eleitorado: temos

---

<sup>1</sup> Ernst Fraenkel. *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*. 1958, p. 6.

<sup>2</sup> Op. cit. pp. 7 s.

<sup>3</sup> *Du contrat social*, Livro II, Cap. 6.

<sup>4</sup> Cf. Ernst Fraenkel, op. cit. p. 10.

<sup>5</sup> Op. cit. p. 56.

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional Federal, Sentença de 10 de abril de 1997, 2 BvF 1/95, in: NJW 1997, pp. 1553 ss., 1554.

então a eleição de personalidades, ao invés da eleição por chapas. Os votos minoritários ficam excluídos, razão pela qual o respeito ao princípio da igualdade de condições eleitorais exige ‘recortar’ os distritos eleitorais em tamanhos iguais, à medida do possível. Em contraste, a igualdade eleitoral exige na eleição proporcional o mesmo valor de resultado [Erfolgswert] de cada voto individual. Vista assim, a eleição proporcional parece ser mais democrática, enquanto a eleição majoritária parece ser mais funcionalista, pois orientada segundo o interesse na formação de governos estáveis. Mas a espetacular destituição de maiorias conservadoras em 1997 nas eleições na Grã-Bretanha e na França mostra que - sob aspectos não da estática proporcional, mas da dinâmica política - a eleição majoritária facilita a virada, favorece menos os infundáveis bloqueios políticos. Maiorias governamentais dependem aqui menos dos conchavos das comissões de coalizão, que temem a luz do dia, e mais do voto eventualmente punitivo dos eleitores.

O direito eleitoral alemão, da “eleição proporcional personalizada”, busca uma solução, o meio-termo entre os dois sistemas: direito eleitoral proporcional com algumas peculiaridades (cláusula de 5%,\*\*\* suavizada pelos assim chamados mandatos básicos [Grundmandate]; e ainda, os mandatos excedentes [Überhangmandate]). Os mandatos mencionados por último são mandatos diretos que excedem a parcela proporcional do partido. Eles permanecem com o partido em questão sem compensação proporcional para os outros grupos partidários.

Tema da briga atual na Alemanha são, ao lado de outros assuntos, justamente esses mandatos excedentes que procuram combinar as vantagens dos dois modelos de direito eleitoral.

Desconsideradas outras causas, os mandatos excedentes surgem quando um estado da federação apresenta uma quantidade excessiva de distritos eleitorais. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a distorção assim causada no valor de resultado de cada voto no sistema eleitoral proporcional só é admissível enquanto “os distritos eleitorais [forem] aproximadamente iguais em tamanho, na medida do possível”.<sup>7</sup>

---

\*\*\* O autor se refere à assim chamada “cláusula de barreira” [Sperrklausel], segundo a qual um partido político somente conquista cadeiras no parlamento ao atingir 5% dos votos válidos. A intenção desse instituto é impedir a atomização dos parlamentos. [Nota do Tradutor]

<sup>7</sup> E.g. E 7, pp. 63 ss., 74 s.; E 79, pp. 169 ss., 171; Sentença de 10.4.1997, loc. cit. p. 1555.

Ocorre que nas eleições para o Parlamento Federal em 1994 a União Democrata Cristã [CDU] conquistou oito mandatos excedentes (o Partido Social Democrata [SPD] apenas quatro); sem esses oito mandatos excedentes a coalização governamental no Parlamento Federal teria alcançado apenas a maioria por um voto. Por isso o Estado da Baixa Saxônia, governado pelo SPD, tinha encaminhado ao Tribunal Constitucional uma petição provocando a sua tutela jurisdicional no que se refere ao controle de normas. Sobre essa questão a 2ª Câmara [2. Senat] dividiu-se - sendo que, de acordo com o Direito Processual, a moção é indeferida quando os votos de quatro juízes são contrabalançados pelos votos dos outros quatro juízes.

De acordo com o *dissenting vote*<sup>8</sup> o imperativo do mesmo valor de resultado de cada voto somente admite uma margem reduzida de distorção (“falta de nitidez” [“Unschärfe”]). Além disso, em virtude da falta de regulamentação, no pertinente à adequação dos distritos eleitorais, na atualização do Direito Eleitoral de 1996, as referidas prescrições ter-se-iam tornado inconstitucionais.

Segundo a opinião dos quatro juízes “vitoriosos”, a fundamentação da jurisprudência anterior – para a qual os mandatos excedentes deveriam ser admissíveis “dentro de limites estreitos” - deverá ser integralmente substituída. Agora esses mandatos não são mais declarados como modificação da eleição proporcional, mas como fenômenos da eleição majoritária. Por isso, supostamente não estaria mais em pauta a liberdade do resultado fático do voto, mas, em ‘bom’ neoliberalês, apenas a igualdade das chances de êxito. Por essa razão os distritos deveriam ser recortados em tamanhos iguais e distribuídos uniformemente pelos Estados. Mandatos excedentes devem continuar permitidos - tendo como limite de admissibilidade até 5% de todas as cadeiras no Parlamento. Não obstante, o Tribunal Constitucional Federal deveria ter decidido pela inconstitucionalidade, pois a reconfiguração e distribuição dos distritos eleitorais é desigual e ainda não tinha sido corrigida até 1996, conforme já foi dito. Os quatro juízes “vitoriosos” registram verbalmente o seguinte: “O tamanho dos atuais distritos eleitorais é nitidamente desigual; o seu número nos Estados individuais não mais corresponde suficientemente à parcela populacional desses Estados”. Entretanto, essa clara inconstitucionalidade não é sancionada; bastaria que o legislador regulamentasse devidamente essa questão, juntamente com a da diminuição do Parlamento Federal, com vistas às próximas eleições em 2002.<sup>9</sup>

Se confiança é bom, uma jurisprudência constitucional correta é ainda melhor. Esse crédito de “confiança” é tanto mais de se admirar se temos em vista a imprevisibilidade das relações de maioria para 2002, e a saída de três dos oito juízes em 1998/99. Em virtude de tamanho pragmatismo - porventura político? - a própria jurisprudência constitucional pode acabar na inconstitucionalidade.

### **3 - Comportamento nas eleições e legitimidade**

---

<sup>8</sup> Loc. cit. NJW 1997, pp. 1558 ss.

<sup>9</sup> Loc. cit., p. 1557.

Comentemos agora com toda brevidade um problema fundamental, comum a muitos países comparáveis. Ele está fora da concretização dogmática da constituição, só podendo ser solucionado com muita dificuldade pela revisão de artigos individuais da constituição. Refiro-me à representatividade decrescente dos nossos representantes ou chefes de estado democraticamente eleitos. Essa questão é de natureza social e encerra uma responsabilidade política.

Nos países periféricos fala-se de exclusão, nos países centrais eufemisticamente de “sociedade de dois terços”. Mas entretanto a exclusão, tanto como fato quanto como expressão, já alcançou há muito tempo os países industrializados mais ricos, os países do Grupo dos Sete. Nesse tocante os EUA são apenas o exemplo mais alarmante, embora não o único. E o descenso econômico, a corrupção cultural e a apatia política, ocasionalmente aceitas sem especial resistência por parte de governos conservadores, configuram uma “reação em cadeia da exclusão” que se manifesta na esfera da atividade democrática como “pobreza política”.<sup>10</sup> Isso se expressa diretamente na participação tendencialmente decrescente nas eleições: na sua primeira eleição, Ronald Reagan tinha obtido os votos de menos de 30% dos eleitores, na sua segunda eleição, Bill Clinton tinha obtido mal e mal 25% dos votos dos eleitores; e a participação nas eleições de 1994 para o Congresso Nacional dos EUA foi de 38%.

O direito eleitoral continua existindo plenamente em nível “normativo”, i. é, como *law in the books*; mas cada vez menos como *law in action*, pois faltam, para um número cada vez maior de pessoas, os pressupostos sociais para o exercício eficaz de seus direitos e de suas pretensões referentes ao *status activus*: eis os indicadores de uma segmentação da sociedade que deixa passivamente as coisas como estão ou chega a promovê-las ativamente, com vantagens para determinados grupos sociais e desvantagens para os grupos restantes; eis os indicadores de uma política que apesar de toda a correção legal (na melhor das hipóteses!) desconsidera a legitimidade democrática em termos de conteúdos para todos, para o povo-destinatário. Impõe-se cada vez mais a pergunta: a partir de que grau de não-participação a quantidade se converte em qualidade. Os dispositivos do direito eleitoral atingem cada vez mais os seus limites; fracassam cada vez mais, enquanto garantidores da legitimação democrática, na medida em que são vistos como dispositivos necessariamente apenas formais.

#### 4 - Questões conflitivas no Brasil

A questão conflitiva ainda atual para o Brasil - ao menos para a discussão livre - é aqui de domínio público. Em outubro de 1998 foi reeleito um presidente que segundo o art. 82 (e o art. 14 § 5º) tanto da Constituição de 1988 quanto da revisão de 1994 não poderia ter se recandidatado ao cargo. De modo muito esclarecedor todos falaram desde o começo da “reeleição” – que nenhuma norma poderia proibir o povo de eleger um candidato conforme o direito. Todos

---

<sup>10</sup> Documentação comprobatória e discussão in: F. Müller. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo, Max Limonad, 1998, pp. 91 ss.

falaram, pois os próprios textos constitucionais falam disso. Mas a questão de fundo é o direito a uma recandidatura direta - e a oscilação entre as duas expressões esconde o argumento talvez mais importante da política constitucional em favor do art. 82 da Constituição Brasileira na sua versão mais antiga (bem como em favor da tradição constitucional desde 1891). Perguntas acerca do estatuto de candidato e do acesso jurídico a ele são questões de direito eleitoral por excelência.

Antes da renovada revisão constitucional (1997), promovida pessoalmente pelo atual presidente, os elementos gramaticais, históricos, interna e externamente sistemáticos, bem como os elementos genéticos de concretização, tinham mostrado inequivocamente que uma candidatura renovada estava proibida. Para ao menos não ficar aquém do mínimo de legalidade, restou apenas o caminho da alteração dos ‘incômodos’ textos constitucionais. Se isso permite preservar a legitimidade fica por ora em aberto e deve também poder permanecer em aberto em um Estado Democrático de Direito, por meio de uma discussão em todos os níveis.

Se partirmos da revisão constitucional de 1997, os elementos de concretização que agora passam para o primeiro plano referem-se à política constitucional. São, ao menos no conflito metodológico, mais fracos do que os que se podem apoiar em textos vigentes de normas: são sobretudo mais fracos do que os argumentos gramaticais e históricos. Mas suponho hipoteticamente que os arts. 82 e 14 § 5º da Constituição Brasileira foram corretamente alterados; com isso os elementos gramatical e sistemático se deslocaram em favor da recandidatura.

Apesar disso fica em aberto a pergunta se isso parece legítimo em termos de política constitucional. Aduziu-se em favor dessa tese que isso seria um ‘imperativo democrático’, um ‘direito político originário do povo’. Ora, devemos distinguir aqui entre populismo e exegese da constituição: o argumento mencionado justamente não podia ser derivado da Constituição de 1988/1994; o Brasil era uma democracia com o art. 82 em combinação com o art. 14 § 5º na versão anterior, por razões de primeira linha, tanto democráticas quanto de Estado de Direito: por um lado, para que a eleição pudesse ser realizada de forma realmente livre, *i. e.*, com alternativas políticas dotadas de chances iguais - e sem o acachapante poder executivo e midiático de um presidente que, como se sabe, permaneceu no cargo durante a campanha eleitoral; por outro lado, em virtude de aspectos referentes ao Estado de Direito, em virtude de um melhor equilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo, para que nesse ponto a divisão de poderes não se tornasse uma farsa.

Ora, foi dito em favor da recandidatura que a intenção de impedir nesse sentido o poder do cargo autoritariamente exercido teria redundado em anacronismo. A estrutura democrática do estado atual neutralizaria o ‘risco do homem forte’ na cadeira do presidente. Mas justamente esse argumento é contraprodcente; pois a neutralização do retorno do caudilhismo por instituições democráticas foi, não em última instância, devida justamente aos arts. 82 e 14 § 5º na sua versão anterior, ao passo que a sua alteração confere agora atualidade ao risco de que a intenção antes referida - de impedir o exercício autoritário do cargo - em breve poderá não mais ser um anacronismo.



Argumentou-se por fim que a continuidade do trabalho exitoso do governo deveria ser assegurada. Mas justamente isso sempre é objeto de controvérsias e deve poder ser objeto de controvérsias em uma democracia. A oposição verá isso de modo inteiramente diferente, e justamente essa oposição deve receber ao fim de uma legislatura a chance equitativa (não restrita pelo poder do cargo) de poder chegar ao poder - pois do contrário não se tratará de democracia. Em uma democracia, a política de longo prazo é possibilitada pela candidatura de outros membros do partido do presidente em exercício - e o argumento contrário da bancada presidencial faz de conta que os países de nossa família constitucional vivem no final do séc. XX em uma democracia sem partidos.

Diante da instância da constituição brasileira vigente e de suas decisões fundamentais os argumentos da fração politicamente dominante parecem ser, pois, os argumentos mais fracos. Mais ainda: o que no plano dos governadores e prefeitos visava contra-arrestar o nepotismo e outras formas de feudalismo no exercício do cargo [Amtsfeudalismus] (art. 14 § 5º da Constituição Brasileira na sua versão antiga), deveria, no plano federal (art. 82 em sua versão antiga) proteger contra as tentações ainda mais graves do caudilhismo. Isso chegou a ser vital para a nova democracia justamente porque a própria constituição de 1988 ainda não prevê o controle do governo pelo parlamento. Assim, o art. 82 na sua versão mais antiga chegou a ter uma função central de limitação do poder, agora eliminada: com ela elimina-se em grande parte tudo o que poderia pretender um *system of checks and balances* que dividisse os poderes. Fica eliminado, em outros termos, um fator central da natureza do Estado de Direito [Rechtsstaatlichkeit]. Muito longe de servirem de modelo, as anteriores alterações constitucionais da Argentina e do Peru nos anos 90 oferecem exemplos intimidadores de um neopresidencialismo autoritário.

Cumulativamente, temos - como ameaça à democracia - o “abuso da máquina pública” na campanha eleitoral - práticas do patronato, da propaganda que distorce as chances e da compra de votos com recursos do tesouro público. Essas possibilidades de influência acachapante de um presidente ainda em exercício conduzem também à generalizada mistura semântica entre ‘recandidatura’ e ‘reeleição’. Se as coisas se passam de modo realmente democrático, *i. e.*, com igualdade de chances, um presidente em fim de mandato não precisa necessariamente ser reeleito, embora ele se recandidate. Aqui a linguagem é demasiado reveladora, sobretudo em virtude do fato de a própria constituição se expressar sem delongas nesses termos (art. 82 na versão mais antiga, também na revisão de 1994: “reeleição”; art. 14 § 5º: “inelegíveis”). Não esqueçamos que o *telos*, a finalidade da constituição democrática de 1988 tinha sido justamente o impedimento de uma concretagem inexpugnável do poder executivo, visível nessa linguagem e na realidade à qual ela se refere; conseqüentemente, a finalidade da constituição democrática de 1988 tinha sido o impedimento de uma possível recaída do Brasil em estados pré-democráticos.

Bem feitas as contas, o balanço da Emenda nº 16 é negativo em termos de política constitucional. De acordo com o patamar metódico-teórico até agora válido no Direito Constitucional e na Teoria Constitucional, esse diagnóstico seria suficiente em termos científicos; mas ele não satisfaz ao patamar mais avançado da atualidade. Segundo este, deve-se (1) definir mais precisamente “le-

galidade”, (2) redefinir inteiramente “legitimidade” e (3) acrescentar o conceito complementar de “constitucionalidade”. Somente com essa tríade de conceitos móveis e reciprocamente referidos podemos formular de modo finalmente suficiente problemas como o que estamos discutindo aqui.

Aqui, como na conceituação tradicional, “legalidade” significa a observância correta das formas e dos trâmites prescritos. Com relação à Emenda nº 16 as senhoras e os senhores poderão avaliar isso melhor para o seu país do que uma pessoa que vem de fora. A legalidade formal requer que não apenas os trâmites diante das duas casas do congresso tenham sido corretos, mas, também, as condições de votação. Do contrário a situação careceria do traço distintivo da “legalidade”; a invocação do povo seria de natureza meramente icônica, ideológica. A definição mais precisa de “legalidade”, com relação à tradição, está no fato de que “legalidade” é doravante um conceito enfático: não apenas um incômodo exercício de um dever “formal”, mas expressão da materialidade do ordenamento constitucional. Mesmo “meras” formas e “meros” trâmites têm o seu fundamento mais profundo nos objetivos e nas funções materiais do ordenamento jurídico e da constituição.

Na sua definição mais avançada, “legitimidade” significa o seguinte: a ação formalmente legal de modo adicional (a) é compatível com as regulamentações centrais do direito positivo (os textos das normas) da Constituição (forma do estado, objetivos do estado, garantias dos direitos fundamentais, sistema de Estado de Direito); e (b) pode-se continuar discutindo abertamente e sem restrições por parte do Estado sobre a questão de sua legitimidade ou ilegitimidade, mesmo se a decisão formal (ato administrativo, texto legal, sentença judicial - no caso em epígrafe: alteração da constituição) já tiver sido tomada. O mero fato de uma alteração correta dos arts. 82 e 14 § 5º - e suponho aqui que essa alteração tenha sido feita corretamente - não é suficiente. A democracia é uma forma de estado com tarefas não lingüísticas, mas políticas. Isso exige a comunicação honesta na esfera pública [Öffentlichkeit] e a fundamentação plausível. O fato de que nós podemos discutir aqui de forma livre e controvertida a Emenda nº 16 representa uma contribuição à legitimidade no sentido de (b); ao passo que a contribuição no sentido de (a) parece duvidosa, se medida pela plausibilidade dos argumentos de política constitucional em favor da Emenda nº 16.

“Constitucionalidade”, por fim, significa tradicionalmente, no sentido mais amplo: congruência com a constituição. No sentido mais restrito, proposto aqui como inovação, “constitucionalidade” significa que um Estado só existe enquanto Estado constitucional, ou seja, define-se juridicamente conforme a sua constituição. Em outras palavras: a Constituição desse Estado não é mais compreendida e tratada como “simbólica” ou “nominalista”, mas como normativa.

Quero agregar, ainda, a essa nova tríade analítico-pragmática da Teoria Constitucional duas determinações muito importantes:

Em primeiro lugar, “constitucionalidade” (no sentido mais restrito) corresponde ao estado constitucional (que, de resto, também pode ser uma ditadura); “legalidade” é a qualidade do Estado de Direito (que, de resto, também pode ser autoritário); e “legitimidade” é o traço distintivo do Estado Democrático de Direito.

Em segundo lugar, as três exigências - constitucionalidade, legalidade e legitimidade - são cumulativas. Isso significa: legalidade pressupõe constitucionalidade, legitimidade pressupõe tanto constitucionalidade quanto legalidade. Por conseguinte, um efetivo Estado Democrático de Direito, que possa ser chamado legítimo, só pode coexistir com um pensamento constitucional normativo (e de modo algum com um pensamento constitucional nominalista ou simbólico).

Um exemplo importante do novo estilo constitucional normativo da Constituição de 1988 é a Emenda Constitucional nº 16, de 4 de junho de 1997. Aqui não houve uma violação do texto da versão anterior dos arts. 82 e 14 § 5º. Poder-se-ia ter argumentado, por exemplo, que, a partir de “princípios não-escritos” ou de uma “ponderação de valores”, esses artigos não configurariam nenhum obstáculo a uma nova candidatura do presidente da república, dos governadores e dos prefeitos. A referida argumentação é tradicional entre os juristas, inclusive na Alemanha. O fato de não se ter procedido assim mostra que o discurso jurídico do Brasil está no nível da cultura argumentativa do Estado de Direito. Por isso, a constituição precisou ser alterada - e isso não por via de uma lei ordinária (pela assim chamada ruptura da constituição [Verfassungsdurchbrechung], conforme a prática freqüente na Alemanha da República de Weimar), mas por via da alteração formal do texto constitucional (na Alemanha atual, Art. 79, § 1º, frase 1 da Lei Fundamental). Com isso, está satisfeito o pré-requisito do primeiro grau da legitimidade. A sua problemática permanece ambígua já na tradição: o decisionismo contorna-a com uma estratégia anti-formalista, o positivismo e a Teoria Pura do Direito a contornam com uma estratégia formalista. A concepção aqui desenvolvida elabora a problemática em três estágios respectivos, tanto em termos normativo-formais quanto em termos normativo-materiais.

No primeiro grau a Emenda nº 16 demonstra que não cabe mais falar de um estilo constitucional “simbólico”; demonstra que o Brasil se comporta como um estado constitucional, “constitucional no sentido mais estrito do termo”: não temos nem ruptura da constituição nem *interpretatio contra legem* (*constitucionalonalem*).

O segundo grau (legalidade nos termos do Estado de Direito) exige adicionalmente a observância correta das prescrições vigentes sobre competências, procedimentos e votações.

As exigências da terceira categoria (legitimidade nos termos do Estado Democrático de Direito) estão satisfeitas quando - mais uma vez, adicionalmente - a decisão (no caso, as medidas da Emenda nº 16) for, em primeiro lugar, compatível com os conteúdos centrais da constituição e quando essa decisão puder permanecer, em segundo lugar, passível de discussão na continuação do discurso social, político e científico, abertamente e amparada no direito.

Entre os aspectos aqui relevantes devemos verificar, em primeiro lugar, conforme já analisei, se a subsequente reeleição ou destituição do cargo mediante procedimento eletivo [Abwahl] não pode efetivamente ser um "direito originário" ["Urrecht"] democrático do povo -, ou se, ao contrário, ela não se aproxima mais da aclamação e, dessarte, no sentido da tipologia de Max Weber, mais do estilo da dominação carismática do que do estilo da moderna dominação parlamentar-burocrática. Outro aspecto relevante a verificar nesse tocante seria se a

imediate recandidatura torna possível uma política de longo prazo - ou, contra essa posição, se tal efeito não pode ser neutralizado por um estado dominado por partidos e se com o desaparecimento do art. 82 na versão anterior (devido à falta da dependência parlamentar do governo) a divisão dos poderes não será deslocada em favor do Poder Executivo, com o conseqüente abalo do equilíbrio entre os poderes.

A definição do Brasil, ao menos em favor da constitucionalidade no sentido mais estrito - enfoque normativo de primeiro grau -, com base no exemplo da Emenda nº 16, deve ser registrada como irrevogável. De resto, elementos “normativos” e “simbólicos” formam em todas as constituições não um sistema de alternativas mutuamente excludentes [ein ausschliessendes “Entweder-Oder”], mas um *continuum* com transições fluidas.

Mesmo uma constituição claramente normativa não é nenhum “seguro de vida em política” - conforme atesta a catastrófica experiência da Alemanha no nosso século. Por outro lado, podemos, contra a força de gravidade da tradição, “escalar” também o plano inclinado - conforme atesta no Brasil o recomeço de 1988. Dito em outros termos, o “simbolismo” e o “normativismo” não são qualidades estáticas, mas padrões comportamentais; não são leis da natureza, mas frutos da ação humana; não são estratégias respectivamente universalistas, mas estratégias escolhidas. A estratégia normativa conscientemente escolhida - em favor do direito material e da constituição material - trabalha passo a passo contra as relações de poder herdadas da tradição e contra as estruturas sociais maciçamente estabelecidas: por meio do reforço vigilante da tendência de não mais aceitar a legitimação por meio de símbolos - o que equívale a um padrão de mentalidade feudal-paternalista e casuísta -, mas apenas por meio de um comportamento do Estado em generalizável conformidade ao texto. Isso quer dizer também: por meio do reforço vigoroso da tendência que se afasta do nominalismo da superfície do texto de uma carta e se move na direção do caráter democraticamente constituído [demokratische Verfasstheit] da sociedade.

Minhas senhoras, meus senhores: à medida que isso acontece, o seu país extraordinário se inscreve na família constitucional normativa.<sup>11</sup> A Constituição de 1988 é um bom instrumento para tal fim, é um instrumento que aponta para o futuro. A realização da constitucionalidade, da legalidade e da legitimidade ou, para dizê-lo em outras palavras, a realização do Brasil enquanto efetivo Estado Democrático de Direito depende em elevado grau da ação responsável dos juristas brasileiros.

Tradução:

*Peter Naumann*

Revisão:

*Georghio Alessandro Tomelin e*

*Menelick de Carvalho Netto*

---

<sup>11</sup> Conceito e concepção de “família constitucional” desde: Friedrich Müller. *Fragment (über) Verfassungsgebende Gewalt des Volkes*. Berlim, Duncker & Humblot, 1995, e. g. pp. 75 ss. A ser lançado em 2000 em tradução de Peter Naumann pela Editora Max Limonad em São Paulo, sob o título *Fragmento (sobre) Poder Constituinte do Povo*.